

Nordstraße 116
40477 Düsseldorf
www.sbr-net.com

Elektronische Kommunikationsdienste in der Welt der Apps – Herausforderungen für die Regulierung

SBR-Diskussionsbeitrag 3

Mag. Johannes Gungl¹
Ing. Mag.(FH) Alexander Gratzner, M.A.
Dr. Ernst-Olav Ruhle
Dr. Natascha Freund, LL.M.

März 2013

¹ Mag. Johannes Gungl und Ing. Mag. (FH) Alexander Gratzner waren/sind Mitarbeiter der Orange Telecommunication Austria GmbH, Dr. Ernst-Olav Ruhle und Dr. Natascha Freund, LL.M. sind von SBR Juconomy Consulting AG. Wir danken Herrn Mag. Kittl, ebenso SBR Juconomy Consulting AG, für seine wertvollen Anmerkungen zum vorliegenden White Paper.

INHALTSVERZEICHNIS

1	Einführung	3
2	Parallelen und Unterschiede in Bezug auf Dienste von Netzbetreibern und Dienste von Applikationsanbietern.....	7
2.1	Messaging-Portale werden mobil.....	7
2.2	WhatsApp.....	8
2.3	iMessage	10
2.4	Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Applikationen.....	10
3	Welchen gesetzlichen Regelungen unterliegen Applikationen und „neue Dienste“?	13
3.1	Richtlinie 2000/31/EG i.V.m. dem ECG.....	13
3.2	Österreichisches TKG.....	15
4	Konsequenzen	19
5	Schlussfolgerung	26

1 Einführung

Der Wandel der Telekommunikationsmärkte getrieben durch technisch-ökonomischen Fortschritt betrifft auch das Geschäftsmodell klassischer Netzbetreiber. Über viele Jahre erfolgte die Errichtung von Netzen, der Betrieb derselben und das Angebot von Diensten integriert aus einer Hand. Neuartige Dienste waren in der Regel Angebote des Netzbetreibers oder auf dessen technischer Infrastruktur verankert. Diese geschlossene Wertschöpfungskette in Form der vertikalen Integration ist heute nicht mehr prägend. Vielmehr sind Marktzutritte auf den verschiedenen Stufen der Wertschöpfung möglich.

Aus Sicht des Kunden hat sich die Welt der Kommunikation ebenfalls stark verändert. Mit dem Smartphone hat der Kunde seinen Computer stets bei sich. Er kann ortsunabhängig und zu jeder Zeit über das Internet Informationen abfragen, auf Nachrichten zugreifen oder mit Freunden und Geschäftspartnern in Verbindung treten. Die Kommunikation kann nun aber, anders als noch vor ein paar Jahren, über eine Vielzahl von Kanälen erfolgen - per Telefondienst, SMS, iMessage oder MMS, über die Nachrichtenfunktionen von sozialen Netzwerken wie Facebook oder Nachrichtendienste wie WhatsApp, Joyn, Viber, Kakaotalk, Skype, SkypeOut, Nimbuzz, NimbuzzOut etc.

Auf dem Touchscreen des Smartphones unterscheiden sich die "Buttons" für Telefon, Nachrichten, Nimbuzz, WhatsApp etc. nur optisch. Sie stehen meist gleichberechtigt nebeneinander. Manchmal sind die Dienste des Endgeräteherstellers in den SMS-Dienst des Netzbetreibers sogar so integriert, dass es der Nutzer gar nicht gleich erkennt, welchen Dienst er nutzt. Das bedeutet, dass der Kunde vor jedem Kommunikationsvorgang entscheiden kann, oder das Endgerät für ihn entscheidet, welchen Kommunikationsdienst er wählt.

Der Netzbetreiber steht mit seinen Kommunikationsdiensten damit in unmittelbarem Wettbewerb mit all den andern Kommunikationsdiensten, die sich der Kunde aus dem Internet herunterlädt oder die der Endgerätehersteller vorinstalliert hat. Lediglich der Zugang wird vom Netzbetreiber noch weitgehend exklusiv zur Verfügung gestellt. Während Leistungen und Applikationen aus dem Internet „global“ entwickelt und verfügbar sind und auch Gerätehersteller vielmehr „den Weltmarkt“ statt nationale Märkte bedienen, wird eine weitere Entwicklung sichtbar: Die Globalisierung des Dienste- und Applikationsmarktes gegenüber nach wie vor nationalen Märkten für den physikalischen mobilen oder festen Zugang. Aber – wie sind diese Applikationen eigentlich vor dem Hintergrund der nationalen Betreiber, Märkte und vor allem auch der nationalen Gesetze einzuordnen? Unterliegen sie einem nationalen Regelungsrahmen? Inwieweit gilt das TKG und was impliziert die neue Form des Wettbewerbs?

Dass diese neuen Applikationen von erheblicher Relevanz für den Markt sind, steht außer Frage. Ein paar Vergleichszahlen sollen veranschaulichen, welche Player sich hier gegenüberstehen. Facebook meldete für Juni 2012 insgesamt 552 Mio. tägliche Nutzer.² Das ist eine Steigerung von 32% zum Vergleichszeitraum des Vorjahres. Vodafone, einer der größten Mobilfunkanbieter der Welt beziffert seine Kundenbasis mit 404 Mio. Nutzern weltweit.³ Viber, ein Dienst der HD-Telefonie, Text- und Photonachrichten bereitstellt, meldet im September 2012 100 Millionen Kunden.⁴ Der Nimbuzz Messenger, ein Dienst für Sprach- und Videoanrufe, Chatnachrichten und Filetransfer, meldet mit 28.10.2012 in seiner Dienstbeschreibung im Appstore 105 Mio. registrierte Kunden. Kakaotalk, ein vergleichbarer Dienst gibt seine Kundenbasis im Appstore mit 62 Mio. Nutzern in 230 Ländern an (ebenso Stand 28.10.2012). WhatsApp Kunden versenden laut Pressemitteilung täglich eine Milliarde Nachrichten.⁵

Dieser Wettbewerb schlägt sich auch auf die Umsatzzahlen der Mobilfunkunternehmen durch. So schrumpfen in einigen Ländern die Umsätze der Mobilfunkunternehmen aus Textnachrichten rasant. In Spanien lag der Rückgang der Umsätze aus SMS bei 10% im Zeitraum 2009 bis 2011, in Italien bei 2%.⁶ Von Oktober 2011 bis August 2012 fiel die SMS-Nutzung unter den finnischen iPhone Kunden um 14%, während die Nutzung mobiler Daten im selben Zeitraum um 68% wuchs.⁷ Aufgrund der Tatsache, dass Apple in seinem Betriebssystem iOS 5.0 seinen Nachrichtendienst iMessage in den bestehenden SMS/MMS Dienst der Netzbetreiber integriert hat, ist in den kommenden Jahren mit einem weiter beträchtlichen Anstieg der iMessages zu Lasten von SMS und MMS der Netzbetreiber zu rechnen.

Bei den genannten Applikationen besteht somit ein ausgeprägtes Substitutions- und damit Wettbewerbsverhältnis zu den Diensten traditioneller Mobilfunkunternehmen. Für Österreich liegen, genau wie für Deutschland, derzeit keine offiziellen Zahlen vor, es ist jedoch davon auszugehen, dass aufgrund der Smartphone-Penetration von 36 % im Q1/2012 und durchschnittlich 25 installierten Apps⁸ sowie 2,14 Mio. Smartphone-Tarifen⁹

² Facebook Earnings Release second quarter 2012, <http://www.prnewswire.com/news-releases/facebook-reports-second-quarter-2012-results-163915536.html>.

³ Vodafone Group Plc, Annual Report for the year ended 31 March 2012, Seite 3; http://www.vodafone.com/content/dam/vodafone/investors/annual_reports/Vodafone_Annual_Report_12.pdf

⁴ <http://www.businesswire.com/news/home/20120911005071/en/Viber-Reaches-100-Million-Users-Takes-Aim> (11.9.2012).

⁵ <http://www.whatsapp.com/press> (28.10.2012).

⁶ The Economist, Joyn them or Join them, 11.8.2012 unter Berufung auf Analysys Mason.

⁷ <http://www.forbes.com/sites/terokuitinen/2012/10/09/text-messaging-volume-of-iphone-owners-declining-sharply-in-finland/> (30.10.2012).

⁸ Google, Ourmobileplanet Mai 2012, abrufbar unter www.thinkwithgoogle.com/mobileplanet (29.10.2012).

⁹ RTR Telekom Monitor Q3/2012.

im ersten Quartal 2012 deutlich über eine Million Smartphone-Nutzer regelmäßig mittels Applikationen Nachrichten verschicken. Dies betrifft die Netzbetreiber, die darauf achten müssen, mit ihren Zugangsangebot nicht zur „bitpipe“ zu mutieren, einem Anbieter, der „nur“ noch den Zugang bereitstellt, aber das Geschäft mit den Diensten den Applikationsanbietern überlässt.

Dieses White Paper¹⁰ befasst sich mit diesem wachsenden, wirtschaftlich vom Netzbetreiber weitgehend unabhängigen, Dienstangebot im Mobilfunk. Vor allem durch die steigende Verbreitung von Smartphones werden diese neuen Dienste immer populärer. Damit erhalten nicht nur die netzbetreibereigenen Dienste zunehmend Konkurrenz, der Netzbetreiber hat vielmehr zunehmenden Verkehr auf seiner technischen Infrastruktur zu transportieren¹¹, dessen wirtschaftlicher Ertrag jedoch zu einem großen Teil an ihm vorbeigeht. Hinzu kommt, dass sich die Anbieter solcher Applikationen (in Teilbereichen) als Konkurrenten der Netzbetreiber platzieren, da sie Dienste anbieten, die auch die Netzbetreiber bereitstellen. Sie unterwerfen sich aber nicht den gleichen „Spielregeln“ der gesetzlichen Vorgaben und es ist daher zu untersuchen, ob ein „Level Playing Field“ im Hinblick auf die Wettbewerbsbedingungen herrscht. Dieses White Paper adressiert dabei, was diese Entwicklung ökonomisch bedeutet und wie sie rechtlich-regulatorisch zu bewerten ist. Aus Sicht der Autoren bedarf es eines anderen regulatorischen Umgangs mit der Thematik als bisher, um den gleichrangigen Wettbewerb verschiedener Angebote und verschiedener Wertschöpfungstiefen aufrecht zu erhalten.

Nach dieser Einleitung beschreibt Kapitel 2 einige der neuartigen Dienste und ordnet diese in die Welt der Angebote von Netzbetreibern und Applikationsanbietern ein. Unterschiede und Parallelen der einzelnen Dienste werden dabei deutlich gemacht. Kapitel 3 beinhaltet die rechtlich-regulatorische Einordnung dieser Angebote und versucht die Applikationen am Maßstab des TKG 2003 zu messen. Die Autoren meinen, dass diese Applikationen als Kommunikationsdienste einzuordnen sind. Was daraus folgt, beschreibt Kapitel 4, bevor Kapitel 5 unsere Schlussfolgerungen enthält.

¹⁰ Die Autoren danken Hr. Mag. Jörg Kittl für wertvolle Hinweise zu einer früheren Version dieses Beitrags.

¹¹ So wird auch das sogenannte Signalisierungsnetz, das die Nutzung des Mobilfunknetzes durch den Kunden mittels Kommunikation zwischen Endgeräten und Mobilfunknetz und den einzelnen Netzelementen erst möglich macht, zusätzlich belastet. So wurde in der Vergangenheit festgestellt, dass in einem westeuropäischen Mobilfunknetz Smartphones 40% des Datenverkehrs verursachen, aber 99% des Signalisierungsverkehrs im Netz. Dieses Phänomen ist auf ein feature namens „fast dormancy“ zurückzuführen, das die Akkulaufzeit verlängern soll, indem die Verbindung zum Mobilfunknetz nach jedem einzelnen Download von Datenbruchstücken vom Endgerät unterbrochen wird und das Gerät in den Ruhezustand wechselt. Dies führt bei der Verwendung von Applikationen aber dazu, dass das Endgerät extrem häufig (mehrmals in der Sekunde) die Verbindung zum Mobilfunknetz aufbaut und wieder abbricht und das Netz belastet. Vgl. Nokia Siemens Networks, Understanding smartphone behavior in the network, White paper, 5;

SBR bedankt sich herzlich bei den Gastautoren Mag. Johannes Gungl und Ing. Mag. (FH) Alexander Gratzner für die gemeinsame Erstellung dieses White Papers. Die rechtliche Diskussion in diesem White Paper wird auf der Grundlage des österreichischen TKG 2003 geführt, einige Referenzen zum deutschen TKG verdeutlichen aber, dass die entsprechende Fragestellung auch dort relevant ist.

2 Parallelen und Unterschiede in Bezug auf Dienste von Netzbetreibern und Dienste von Applikationsanbietern

2.1 Messaging-Portale werden mobil

Nachrichtenportale und (Instant-)Messaging-Systeme werden mit voranschreitender Penetration von Mobilfunktelefonen auch mobil. Mit der zunehmenden Verbreitung von Smartphones entwickelten sich immer mehr Apps, die versuchen, klassische SMS zu substituieren. Die Grenzen zwischen „sozialen Netzwerk“ und „Kommunikationsdienst“ verschwimmen hierbei mehr und mehr.¹² Die Systeme funktionieren dem Grunde nach alle sehr ähnlich.

Über eine Applikation können Nachrichten an einen oder mehrere Plattform-Nutzer versendet werden. Bei den meisten Plattformen können neben reinen Text-Nachrichten auch Bilder mit versendet werden. Abbildung 1 zeigt beispielhaft eine typische Nachrichtensession, in diesem Fall über den Facebook-Messenger.

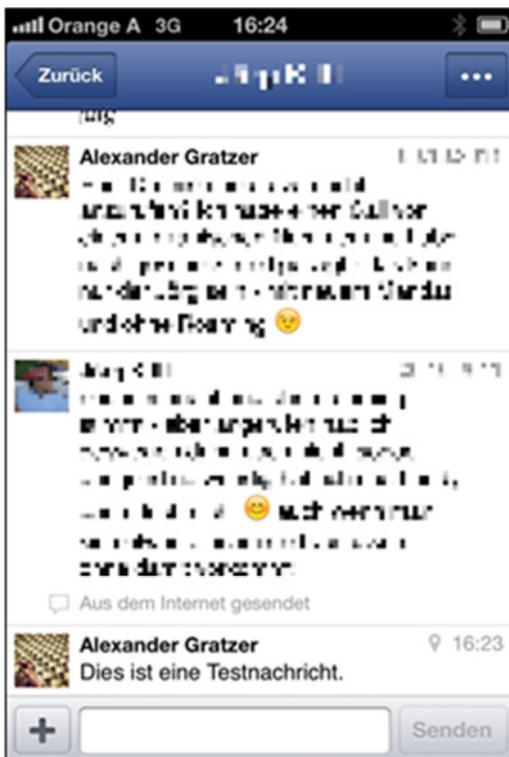


Abbildung 1: Nachrichtenverlauf in der Applikation „Facebook Messenger“

¹² So brachte das soziale Netzwerk „Facebook“ beispielsweise im August 2011 den „Facebook-Messenger“ auf den Markt, eine eigene Applikation, welche dem mobilen Austausch von Nachrichten unter Facebook-Nutzern dient, vgl. Protalinski, E.: Facebook is killing text messaging, <http://www.zdnet.com/blog/facebook/facebook-is-killing-text-messaging/12911>.

Aufgrund der hohen Nutzerzahlen dieser Systeme¹³ stellen sie zwischenzeitlich eine Substitution zu klassischen SMS Diensten dar.¹⁴

Die neuen Applikationen manifestieren sich z.B. in den nachfolgend genannten Anwendungen „WhatsApp“ und „iMessage“. Diese stehen nur beispielhaft für viele andere.

2.2 WhatsApp

Der Nachrichtendienst „WhatsApp“ wurde über einen IP basiertes proprietäres Datenprotokoll realisiert. Als Frontend steht eine eigene Applikation für die gängigsten Smartphone-Betriebssysteme (iOS, Android, BlackBerry, Nokia und Windows Phones) zur Verfügung. Laut eigenen Angaben von WhatsApp wurde der Dienst ins Leben gerufen, um „eine bessere Alternative zur SMS-Nutzung“¹⁵ zu schaffen.

WhatsApp funktioniert ähnlich einem Instant Messenger, jedoch wird der Kommunikationspartner über die E164 Nummer adressiert. Bei der Anmeldung gibt man seine eigene Rufnummer an, diese wird über eine SMS verifiziert. Danach werden die Nachrichten in einer eigene Applikation („App“) geschrieben, funktionieren ansonsten jedoch annähernd genauso wie eine herkömmliche SMS.

Die App prüft das Telefonbuch des Endgerätes und übernimmt alle Teilnehmer, deren Nummern auch bei WhatsApp registriert sind. Für die Übertragung vom und zum WhatsApp Server braucht es eine Internetverbindung. Diese Internetverbindung wird in der Regel über den mobilen Breitbanddienst bereitgestellt, den der Kunde bei seinem Netzbetreiber subskribiert hat.

Die Applikation unterscheidet sich prima facie recht wenig von der mobilen Umsetzung klassischer Instant-Messaging-Systeme. Ein Teilnehmer kann einem anderen Teilnehmer (oder einer zuvor definierten Gruppe von Teilnehmern) Textnachrichten, Fotos und Videos, sowie seinen derzeitigen Standort senden. Die Übertragung erfolgt über das öffentliche Internet.

¹³ Laut der deutschen Internetseite „All Facebook“ gab es am 5. September 2012 weltweit 914.258.940 aktive Facebook Nutzer, alleine in Österreich hatten sich innerhalb der letzten 30 Tage 2.794.300 Nutzer bei Facebook angemeldet (vgl. <http://allfacebook.de/userdata>). Aber auch wesentlich kleine Plattformen erfreuen sich bemerkenswertem Zulauf, so zählt die im April 2010 gestartete Massaging-Plattform kik mittlerweile mehr als 19 Millionen Nutzer (vgl. <http://kik.com/about>, 5. September 2012)

¹⁴ Pingdom schätzte die Anzahl der Instant-Messaging Nutzer im Jahr 2011 auf rund 2,6 Milliarden, vgl. <http://royal.pingdom.com/2012/01/17/internet-2011-in-numbers>, 5. September 2012. Die Nachrichten-Plattform „WhatsApp“ verlautbarte am 31. Oktober 2011, dass sie weltweit erstmals mehr als 1 Milliarde Nachrichten am Tag zustellten, vgl. <http://blog.whatsapp.com/index.php/2011/10/one-billion-messages>, 5. September 2012

¹⁵ <http://www.whatsapp.com/about>, 18. Oktober 2012



Abbildung 2: Nachrichtenverlauf in der Applikation „WhatsApp“

Abgesehen von den Nutzungsgebühren des jeweiligen Netzbetreibers für die Internet-Nutzung fallen für die einzelne Nachricht keine weiteren Gebühren an. Für die Zurverfügungstellung der Applikation wird iPhone Nutzern derzeit ein einmaliges Entgelt i.H.v. EUR 0,89 verrechnet¹⁶. Für Nutzer anderer Betriebssysteme ist die Software im ersten Jahr gratis, danach fällt eine jährliche Abonnement-Gebühr i.H.v. USD 0,99 an¹⁷.

Was WhatsApp jedoch von anderen Portalen und sozialen Netzwerken unterscheidet, ist die generelle Adressierung des Nachrichtenempfängers. Dieser muss sich bei anderen gängigen Systemen zunächst bei der Nachrichten-Plattform registrieren und seine zugewiesene Kennung an potentielle Sender mitteilen bzw. sich mit diesen verbinden. Beim Dienst WhatsApp erfolgt die Adressierung hingegen anhand der normalen Telefonnummer des Teilnehmers, welche auf dem Server von WhatsApp mit dem entsprechenden Mobiltelefon verknüpft wird. Dies ermöglicht WhatsApp die einfache Adressierung über das normale Telefonbuch ohne zusätzliche Speicherung eines weiteren Benutzernamens, genauso wie auch beim herkömmlichen SMS-Dienst.

¹⁶ Vgl. <https://itunes.apple.com/at/app/whatsapp-messenger/id310633997?mt=8>, 21. November 2012

¹⁷ Vgl. <http://www.whatsapp.com/faq/de/general/20965922>, 18. Oktober 2012

2.3 iMessage

Apple verfolgt mit seinem Nachrichtendienst iMessage eine sehr ähnliches Konzept, ging bei der Integration des Dienstes jedoch einen bedeutenden Schritt weiter und integrierte ihn mit Einführung der Betriebssystemversion iOS 5.0 schlichtweg in die bestehende SMS/MMS Applikation des Mobiltelefons.

Wie bei WhatsApp verknüpft auch Apple die angegebene E.164 Rufnummer mit dem Mobiltelefon des Teilnehmers¹⁸. Auch hier erfolgt die Authentisierung der Rufnummer über eine (für den Kunden unsichtbare System-)SMS. Anders als bei WhatsApp braucht der Teilnehmer jedoch zur Nutzung von iMessage keine zusätzliche Applikation. Vielmehr verfasst er seine Nachricht in der gewöhnlichen Nachrichten-Applikation des Mobiltelefons. Besteht zum Sendezeitpunkt eine Verbindung zum Internet, so überprüft die Applikation ob für die Zielrufnummer eine iMessage Verknüpfung besteht. Ist dies der Fall, so wird die Nachricht mittels iMessage über das öffentliche Internet, andernfalls als herkömmliche SMS bzw. MMS über den SMS-C respektive MMS-C des Netzbetreibers übertragen. Auch hier fallen bei Übertragung einzelner Nachrichten über iMessage, abgesehen von den Nutzungsgebühren des jeweiligen Netzbetreibers für die Internet-Nutzung, keine weiteren Gebühren an.

Der Endkunde trifft somit bei der Übersendung in aller Regel keine bewusste Wahl, über welches konkrete Protokoll (SMS/MMS oder iMessage über das öffentliche Internet) er die Nachricht übertragen möchte¹⁹. iMessage unterscheidet sich für den Endkunden in der Nutzung somit de facto nicht vom herkömmlichen SMS bzw. MMS Dienst.

2.4 Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Applikationen

Die genannten Applikationen nutzen also v.a. den Breitbandzugang des Mobilfunknetzbetreibers. Mit diesen Applikationen werden netzbetreibereigene Dienste im Bereich Messaging und SMS konkurrenziert.

Die beiden beschriebenen Applikationen sind somit ökonomisch gesehen Substitute der netzbetreibereigenen Dienste, in diesem Fall der SMS/MMS, mit dem Unterschied, dass sie vom Smartphone-Hersteller bzw. einem Dritten (z.B. ein Diensteanbieter) angeboten werden. Darüber hinaus erfolgen diese Applikationen unter anderen Voraussetzungen als die „klassischen“ vom Netzbetreiber angebotenen Diensten, denn

¹⁸ Seit der Einführung von OS X 10.8 ist die Nutzung von iMessage auch über Macintosh Computer möglich. Hierzu kann zusätzlich zur E-164 Telefonnummer auch eine oder mehrere E-Mail-Adressen angegeben werden.

¹⁹ Eine direkte Auswahlmöglichkeit besteht für den Endkunden nicht - er kann lediglich in den Einstellungen des Mobiltelefons das Service iMessage gänzlich deaktivieren.

- die Nutzung des Dienstes erfolgt in der Regel auf einer Basis, die als „as is“ oder „as available“ bezeichnet wird. Die Bedingungen, die der Nutzer akzeptieren muss umfassen auch Haftungsausschlüsse, teilweise Datenschutzregelungen, Bestimmungen zum anwendbaren Recht bzw. zum Gerichtsstand (häufig außerhalb der EU) etc. In der Konsequenz bedeutet dies, dass der Nutzer oftmals Bedingungen akzeptiert, die weder transparent sind noch nach mit in der EU geltenden Maßstäben kompatibel sind.
- der Erwerb eines Endgerätes führte früher nicht auch unmittelbar zur Nutzung von über das Endgerät realisierten Diensten (es sein denn, in Verbindung von einem subventionierten Endgerät mit netzbetreibereigenen Telefoniediensten für z.B. einen fixen Zeitraum). Dies ist heute anders. Ein Smartphone Nutzer verwendet Applikationen, die vom Smartphone-Hersteller (oder Dritten) bereitgestellt werden, teilweise sogar schon auf dem Gerät vorinstalliert sind, und nutzt diese in Kombination mit dem mobilen Internet-Dienst des Netzbetreibers.
- sofern AGBs der Nutzung zugrunde liegen, handelt es sich oft um AGBs nach dem Recht von Drittstaaten, die weder Gemeinschaftsrecht entsprechen noch von der Regulierungsbehörde auf ihre Übereinstimmung mit dem TKG 2003 geprüft worden sind. Insbesondere kundenspezifische Daten zum Kaufverhalten werden gesammelt und ausgewertet oder z.B. zu Bewegungsprofilen verarbeitet und können vom Anbieter auch für andere kommerzielle Angebote genutzt werden. Aufgrund der Tatsache, dass Endkunden derartige AGB oft nicht lesen oder verstehen, ist die Behörde zur Vorabkontrolle gesetzlich angehalten.
- vor dem Hintergrund der eben beschriebenen Problematik mit der Zustimmung zu den AGB ist darüber hinaus auch die Anwendung von Datenschutz- und Kundenschutzregelungen nicht sichergestellt. Wie bereits ausgeführt, unterliegen derartige Angebote oft keiner nationalen Überprüfung.
- Applikationen werden für alle Nutzer bestimmter Smartphones entwickelt. Da der Gerätemarkt ein Weltmarkt ist, sind somit auch Applikationen für den Weltmarkt entwickelt. Eine nationale Betrachtung aus Sicht des Rechts / der Regulierung und aus Sicht der Netzbetreiber, die die Dienste abwickeln kann zu Gegensätzen und Inkompatibilitäten führen.

Die Konsequenz hiervon ist, dass die Angebote von Diensten und Applikationen (vom Netzbetreiber bzw. Applikationsanbieter), die für die Nutzer grundsätzlich austauschbar sind, unter ökonomisch unterschiedlichen Voraussetzungen erfolgen. Applikationsanbieter unterliegen einer wesentlich „leichteren“ Regulierung und können sich durch die „lockeren“ Regeln im Umgang mit Nutzern und dessen Daten Wettbewerbsvorteile

verschaffen, die ihre Marktposition (weiter) stärken. Die zentrale Frage dabei ist, ob sich die genannten Dienste und Applikationen als elektronische Kommunikationsnetze bzw. –dienste einordnen lassen und welche Konsequenzen dies für die rechtliche Beurteilung dieser Angebote hat.

3 Welchen gesetzlichen Regelungen unterliegen Applikationen und „neue Dienste“?

Für die rechtliche Einordnung der Applikationen unter gesetzlichen Regulierungsbestimmungen kommen für die hier zu behandelnde Problemstellung das Telekommunikationsgesetz und das E-Commerce-Gesetz in Frage. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die genannten Applikationen in den Anwendungsbereich des E-Commerce-Gesetzes (ECG) und/oder des TKG 2003 fallen. Insbesondere stellt sich die Frage, inwieweit das Herkunftslandprinzip zur Anwendung gelangt bzw. wie dieses iZm mit dem TKG 2003 zu verstehen ist. Im Konkreten stellt sich die Frage, ob sich ein Diensteanbieter in jedem Land, in dem er tätig ist, seinen Dienst anzeigen muss oder ob es ausreichend ist, wenn er den Dienst in jenem Land anzeigt, in dem er seinen Unternehmenssitz hat.

3.1 Richtlinie 2000/31/EG i.V.m. dem ECG

In Umsetzung der „Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“²⁰ wurde in Österreich das E-Commerce-Gesetz (ECG) erlassen.²¹

Das ECG regelt einen rechtlichen Rahmen für bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs. Es behandelt die Zulassung von Diensteanbietern, deren Informationspflichten, den Abschluss von Verträgen, die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern, das Herkunftslandprinzip und die Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten im elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehr.²²

Gemäß § 3 Z 1 ECG ist ein Messaging-Dienst ein Dienst der Informationsgesellschaft, da er unter anderem Informationen über ein elektronisches Netz übermittelt.²³ Der Diensteanbieter unterliegt mit seinem Dienst somit dem Anwendungsbereich des ECG. Er hat somit dessen Verpflichtungen einzuhalten und kann auch die daraus resultierenden Rechte, wie insbesondere das Herkunftslandprinzip gemäß § 20 ECG in Anspruch nehmen. Das Herkunftslandprinzip hat zur Folge, dass sich die rechtlichen Anforderungen

²⁰ RICHTLINIE 2000/31/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“, ABI EG L178/1 vom 17.7.2000

²¹ BGBl. I Nr. 152/2001.

²² Vgl. § 1 abs. 1 ECG.

²³ § 3 Z 1 ECG definiert Dienst der Informationsgesellschaft wie folgt: ein in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers bereitgestellter Dienst (§ 1 Abs. 1 Z 2 Notifikationsgesetz 1999), insbesondere der Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen, Online-Informationsangebote, die Online-Werbung, elektronische Suchmaschinen und Datenabfragemöglichkeiten sowie Dienste, die Informationen über ein elektronisches Netz übermitteln, die den Zugang zu einem solchen vermitteln oder die Informationen eines Nutzers speichern.

an einen in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter nach dem Recht dieses Staats richten. Mit anderen Worten, wenn der Diensteanbieter alle gesetzlichen Bestimmungen seines Herkunftslandes einhält, wie z.B. Datenschutzbestimmungen, Konsumentenschutzbestimmungen oder Regelungen zur sonstigen rechtlichen Verantwortlichkeit der Anbieter (§3 Z8 ECG) kann er keinen strengeren lokalen Regeln unterworfen werden. Die Aufsicht über die Dienste hat am Herkunftsort für alle Bürger der Europäischen Gemeinschaft zu erfolgen.²⁴

Hier besteht jedoch eine für unsere Untersuchung sehr relevante Ausnahme: § 4 Abs. 2 ECG besagt, dass Rechtsvorschriften, die die Zulässigkeit der Aufnahme oder Ausübung einer geschäftlichen, gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit regeln und nicht besonders und ausschließlich für Dienste der Informationsgesellschaft oder deren Anbieter gelten, unberührt bleiben. Gleiches gilt für Rechtsvorschriften über die Anzeige- oder Konzessionspflicht von Telekommunikationsdiensten. Die EB²⁵ zu § 4 Abs. 2 ECG stellen demnach auch klar, dass das E-Commerce-Gesetz mit seinem Grundsatz der Zulassungsfreiheit die Verpflichtung zur Anzeige oder Konzession bestimmter Telekommunikationsdienste (vgl. die §§ 13 und 14 TKG 2003) nicht berührt wird. Dies entspricht auch der RL 2000/31/EG als in deren Art. 4 Abs. 2 die Zulassungsverfahren die in den Anwendungsbereich der RL 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über den gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste (Genehmigungs-RL)²⁶ fallen vom Grundsatz der Zulassungsfreiheit ausgenommen sind.

Als erstes Ergebnis ist daher festzuhalten, dass nach dem ECG grundsätzlich das Herkunftslandprinzip zur Anwendung gelangt. Demzufolge ist das Recht jenes Landes anzuwenden, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat. Vor dem Hintergrund des § 4 Abs. 2 ECG kommt für den Fall, dass die Applikationen auch als Telekommunikationsdienste einzuordnen sind, das österreichische TKG zur Anwendung, unabhängig davon, wo das betreffende Unternehmen seinen Sitz hat.

Folgt man dieser Annahme nicht, könnte argumentiert werden, dass für die Einordnung der hier zur Diskussion stehenden Applikationen § 4 Abs. 2 ECG zwar vorsieht, dass das TKG 2003 bei Telekommunikationsdiensten jedenfalls zur Anwendung kommt, das bezieht sich jedoch ausschließlich auf Fälle, in denen nach dem Herkunftslandprinzip österr. Recht zur Anwendung kommt. Man könnte somit argumentieren, dass ein Unternehmen, das über das Internet Kommunikationsdienste anbietet, dem Gewerbe- und

²⁴ Vgl. Erwägungsgrund 22 der RL 2000/31/EG, ABI EG L178/4 vom 17.7.2000.

²⁵ ErläutRV 817 BlgNr 21.GP

²⁶ ABI EG L 117/15 vom 7.5.1997.

Telekommunikationsecht des EU-Herkunftslandes unterliegt und daher im EU-Ausland keinen zusätzlichen Anforderungen unterworfen werden darf. Dies würde bedeuten, dass ein derartiger Dienst in Österreich anzeigefrei angeboten werden dürfte. In dieser Lesart würde die Anknüpfung an das österreichische TK-Recht voraussetzen, dass der EU-Anbieter hierzulande Aktivitäten entfaltet, die nicht dem TKG 2003 entsprechen müssen. Die Materialien geben zu wenig Anhaltspunkte darüber, ob dies vom Gesetzgeber in dieser Form tatsächlich gewünscht wurde, hätte dies doch zur Folge, dass sich ein Diensteanbieter für seinen Unternehmenssitz ein Land wählt, welches für ihn „günstige“ Bestimmungen hat und von dort aus seine Dienste anbietet; dies wiederum führt dazu, dass sich dieser Diensteanbieter dem Anwendungsbereich des TKG 2003 zur Gänze entziehen kann, kommen doch ausschließlich die Bestimmungen seines Herkunftslandes zur Anwendung, unabhängig davon, in welchen Ländern er seine Dienste anbietet und welche Bestimmungen dort gelten.

Sofern die Anbieter dieser neuen Dienste jedoch als Betreiber von Telekommunikationsdiensten oder –netzen eingeordnet werden können und zudem die Applikationen selbst als Telekommunikationsdienste qualifiziert werden, unterliegen sie im Anwendungsbereich der Genehmigungs-RL allen darin festgelegten Verpflichtungen. Auf diesem Stand der Diskussion sehen die Autoren im vorliegenden Fall daher das Telekommunikationsgesetz, hier das TKG 2003, neben dem ECG grundsätzlich anwendbar. Andere Schlussfolgerungen würden zum einen zu einer „Inländerdiskriminierung“ führen²⁷ und zum anderen der gängigen Praxis sowie der gesetzlichen Anforderung widersprechen, dass jene Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste, die in Österreich aktiv sind, auch eine Anzeige nach § 15 TKG 2003 vorzunehmen haben. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, welche Bestimmungen des TKG 2003 für den gegenständlichen Fall zur Anwendung gelangen.

3.2 Österreichisches TKG

Ein Unternehmen, das die rechtliche Kontrolle über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Erbringung des jeweiligen Kommunikationsdienstes notwendig sind, ausübt und diese Dienste anderen anbietet, wird gemäß § 3 Z 3 TKG 2003 als Betreiber eines Kommunikationsdienstes qualifiziert. Dass ein Anbieter von Applikationen die rechtliche Kontrolle über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Erbringung des jeweiligen Kommunikationsdienstes notwendig sind, ausübt, wird wohl zu bejahen sein. Dies ist wohl

²⁷ Sonst würde sich jeder Anbieter ein Land wählen, das eine für ihn „günstige“ Regelung zum Gewerberecht hat, sich dort niederlassen und dann Dienste in sämtlichen EU-Ländern anbieten, ohne sich der jeweiligen landesspezifischen Regulierung unterwerfen zu müssen.

auch dann gegeben, wenn das Routing der Nachrichten über das Internet abgewickelt wird. Auch beim herkömmlichen SMS-Dienst bedienen sich Betreiber bei der Zustellung gegebenenfalls fremder Dienstleister, die Übertragung von Nachrichten erfolgt auch hier teilweise über das Internet. Würde man das Vorliegen der rechtlichen Kontrolle bei Transporten über fremde Netze generell verneinen, wäre dann auch SMS (und in letzter Konsequenz wohl auch Sprachdienste) kein Kommunikationsdienst. SMS werden hingegen von der österreichischen Regulierungsbehörde jedenfalls als Kommunikationsdienst qualifiziert.

Vergleicht man den Nachrichten-Dienst mit einem VOIP-Produkt ist ein Kommunikationsdienst nach den Bestimmungen der österreichischen Regulierungsbehörde schon dann gegeben, wenn der Betreiber nur die gerufene IP-Adresse zur Verfügung stellt.²⁸ Bei Messaging-Diensten geht die Infrastruktur jedoch darüber hinaus – die Nachrichtenübermittlung erfolgt über den Server des Anbieters, wo diese ja auch zwischengespeichert zu werden scheinen. Das spricht dafür, dass jedenfalls ein Betreiben eines Dienstes vorliegt.

Bei VOIP-Diensten gelten sinngemäß alle Anbieter als Dienstebetreiber, wenn sie Zugang zum öffentlichen Netz über Nummern des nationalen oder internationalen Rufnummernplans bereitstellen (Publicly Available Telephone Service, PATS). Gerade WhatsApp und Apple adressieren über E.164. Auch dies spricht für die Eigenschaft des Betreibens. Somit verfügt der Applikationsanbieter zwar nicht zur Gänze der Übertragung über die rechtliche Hoheit, das tut jedoch der klassische VOIP-Betreiber auch nicht und wird trotzdem als Dienstebetreiber eingestuft. Eine gleichberechtigte Beurteilung der Dienste und Anbieter macht es daher erforderlich, die Applikationen als das Betreiben eines Telekommunikationsdienstes einzuordnen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Voraussetzungen des § 3 Z 3 TKG 2003 gegeben sind und somit die Stellung als Betreiber bejaht werden kann; inwiefern die Voraussetzung des Kommunikationsdienstes erfüllt sind, wird sogleich zu prüfen sein.²⁹

²⁸ Vgl. RTR: Richtlinien für Anbieter von VoIP Diensten, S.4ff, s. <https://www.rtr.at/de/tk/RichtlinienVoIP>

²⁹ Das deutsche Telekommunikationsgesetz definiert wie folgt: (1) Gemäß § 3 Ziffer 24 dTKG sind „Telekommunikationsdienste“ in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen. Insofern unterscheidet sich die Definition nur hinsichtlich der Formulierung „gewerblich“ im österreichischen TKG gegenüber „gegen Entgelt erbracht“ im deutschen TKG sowie im Begriff selbst („Kommunikationsdienst“ im österreichischen TKG 2003, „Telekommunikationsdienst“ im deutschen TKG); (2) Als Telekommunikationsnetz gilt gemäß § 3 Ziffer 27 dTKG die Gesamtheit von Übertragungssystemen und ggf. Vermittlungs- und Leitweeinrichtungen sowie anderweitigen Ressourcen einschließlich der nicht aktiven Netzbestandteile, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische und andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen,

Ob und inwieweit die angesprochenen Applikationen Kommunikationsdienste im Sinne des TKG 2003 darstellen, ist in § 3 Z 9 TKG 2003 definiert. Demzufolge ist ein Kommunikationsdienst eine gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über Kommunikationsnetze und –dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben. Ausgenommen sind Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 Z 2 des Notifikationsgesetzes, BGBl I Nr 183/1999, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze bestehen.

Zum einen handelt es sich beim Anbieten der Apps um eine gewerbliche Dienstleistung.³⁰ Zum anderen kommt es zur Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze. Dies schon deswegen, weil der User, vergleichbar wie in einer SMS, den Inhalt vorgibt. Damit einhergehend obliegt dem Anbieter auch keinerlei Inhaltskontrolle und somit auch keinerlei Zensurmöglichkeit für den Fall von „unzulässigem“ Inhalt. Die Begriffsmerkmale des § 3 Z 9 TKG 2003 in Bezug auf die angesprochenen Apps sind daher erfüllt.

Zu prüfen ist, ob es sich bei den angebotenen Apps um Nebendienstleistungen handelt. Soweit dies bejaht werden kann, würden die Apps demzufolge aus der Begriffsdefinition des § 3 Z 9 TKG 2003 ausgenommen werden.³¹ Diese Dienstleistungen wären zwar grundsätzlich als Wiederverkauf eines Kommunikationsdienstes anzusehen, würden aber nur einen kleinen Teil eines inhaltlich anderen und vom Hauptzweck eines Kommunikationsdienstes verschiedenen Vertrages (z.B. Beherbergung, Bereitstellung von Büroräumlichkeiten, branchenübergreifende Kundenbindungsprogramme, regionalisierte Marketingdienste) darstellen, der nicht darin bestünde ganz oder

einschließlich Satellitennetzen, festen, leitungs- und paketvermittelten Netzen, einschließlich des Internets und mobilen terrestrischen Netzen, Stromleitungssystemen, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netzen für Hör- und Fernsehfunk sowie Kabelfernsehnetzen, unabhängig von der Art der übertragenen Informationen.“ Auch diese Definition ist derjenigen im österreichischen TKG 2003 sehr verwandt, weicht nur in Bezug auf den Begriff selbst („Kommunikationsnetz“ im österreichischen TKG, „Telekommunikationsnetz“ im deutschen TKG) ab. Das im österreichischen TKG 2003 in § 3 Nr. 17 erwähnte öffentliche Kommunikationsnetz (ein Kommunikationsnetz, das ganz oder überwiegend zur Bereitstellung öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste dient) gibt es als „öffentliches Telekommunikationsnetz“ auch im deutschen TKG, dabei definiert als Telekommunikationsnetz, das ganz oder überwiegend der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste dient, die die Übertragung von Informationen zwischen Netzabschlusspunkten ermöglichen. Angesichts der nahezu identischen Definitionen müsste daher die Einordnung von Applikationen nach dem deutschen TKG derjenigen des österreichischen TKG 2003 entsprechen.

³⁰ Das Begriffsmerkmal der Gewerblichkeit setzt nicht unbedingt Entgeltlichkeit voraus. Gewerblichkeit bedeutet wirtschaftliche Tätigkeit.

³¹ Vgl. ErläutRV 128 BlgNr 22. GP. Das Argument betreffend Nebendienstleistung hat Skype Communications S.a.r.l. in Bezug auf den von ihnen angebotenen Dienst „Skype Out“ im Verfahren R 8/08 vor der Telekom-Control-Kommission vorgebracht. Die Regulierungsbehörde hat dies jedoch als nicht begründet erachtet. Vgl. hierzu im Detail Bescheid der Telekom-Control-Kommission R 8/08-3 vom 23.06.2008.

überwiegend Signale über Kommunikationsnetze zu übertragen. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der steigenden Nutzung dieser Anwendungen finden sich keine begründeten Argumente, weswegen es sich bei diesen Apps um Nebendienstleistungen handeln sollte, vor allem auch weil es sich nicht um einen kleinen Teil eines inhaltlich anderen und vom Hauptzweck der Erbringung eines Kommunikationsdienstes verschiedenen Vertrages, dessen ganz oder überwiegender Inhalt Anderes als die Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze umfasst.

Mit dieser Begründung hat auch die Telekom-Control-Kommission festgestellt, dass Skype Communications S.a.r.l. den Dienst „Skype Out“ gemäß § 15 TKG 2003 anzuzeigen hat. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, mit welchen Argumenten nun dagegen gehalten werden kann, dass es sich bei den beschriebenen Apps nicht ebenso um Kommunikationsdienste im Sinne des TKG 2003 handelt, die nach § 15 TKG 2003 der Regulierungsbehörde anzuzeigen sind.

4 Konsequenzen

Die in Kapitel 3 geführte Diskussion hat gezeigt, dass es offenbar Unschärfen in Bezug auf die Anwendung des Herkunftslandprinzips nach ECG und den zusätzlichen Anforderungen des TKG 2003 gibt. Würde man im Lichte sich globalisierenden Applikations- und Endgerätemärkte das Herkunftslandprinzip heranziehen, würde dies selbst bei einer Entfaltung von Aktivitäten in Österreich bedeuten, dass ein Anbieter die Bestimmungen des TKG 2003 umgehen kann. Dies hätte weitreichende (regulatorische) Konsequenzen. Im Folgenden beschreiben die Autoren die Folgen, die sich ergeben, wenn die entsprechenden Applikationen als Kommunikationsdienste eingeordnet werden.

Für Unternehmen, die als Betreiber von Kommunikationsnetzen oder Anbieter von Kommunikationsdiensten einzuordnen sind, kommen die folgenden Bestimmungen des TKG 2003 in Frage. Die nachstehende Aufzählung enthält jene Paragraphen, die sich im weitesten Sinne als „Pflichten“ von Netzbetreibern und Diensteanbietern einordnen lassen. Somit sind, nach dem Ergebnis in Kapitel 3, auch Applikationsanbieter diesen Pflichten und Vorgaben unterworfen:

- Anzeigepflicht (§ 15 TKG 2003)
- Maßnahmen zur Sicherheit und Integrität (§ 16a TKG 2003)
- Dienstqualität (§ 17 TKG 2003)
- Anzeige von AGB und Entgelten (§ 25 TKG 2003)
- Besondere Informationspflichten (§ 25b TKG 2003)
- Finanzierungsbeitragspflichten (§ 31 TKG 2003 und § 34 KOG)
- Marktanalyse/SMP/Remedies (Wettbewerbsregulierung nach §§ 35 TKG 2003)
- Informationspflichten (§ 90 TKG 2003)
- Datenschutz (§ 92-97 TKG 2003)³²

„Klassische“ Netzbetreiber sind diesen Regelungen des TKG unterworfen. Wesentliche Bestimmungen, die hierzu zählen, seien nachfolgend kurz erläutert:

- a) Anzeigepflicht (§ 15 TKG 2003)

Zunächst gilt gem. § 15 TKG 2003, dass

„die beabsichtigte Bereitstellung eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes sowie dessen Änderungen und dessen Einstellung [...] vor Betriebsaufnahme, Änderung oder Einstellung der Regulierungsbehörde anzuzeigen“

³² Die Vorratsdatenspeicherung nach § 102a TKG 2003 käme grundsätzlich auch in Frage, allerdings falls die Applikationen nicht unter die Definition der Dienste, für die die Vorratsdatenspeicherung vorzunehmen ist.

ist.³³ Per heute haben Unternehmen, die solche Applikationen oder ähnliche Dienste anbieten, wie z.B. Google³⁴, Apple, Amazon, WhatsApp, etc. keine Anzeige nach § 15 TKG 2003 übermittelt.

b) Sicherheit und Integrität (§16a TKG 2003)

Gemäß § 16a TKG 2003 haben Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze und -dienste die Sicherheit und Integrität ihrer Netze zu gewährleisten. Dazu gehören „angemessene technische und organisatorische Maßnahmen“,

die für die Beherrschung von Risiken für die Netzsicherheit geeignet sind. Informationen darüber sind der Regulierungsbehörde zur Verfügung zu stellen. Sicherheitsverletzungen und Verluste der Integrität sind der Regulierungsbehörde zu melden.³⁵ Hiergegen können Verpflichtungen auferlegt werden, z.B. auf eigene Kosten eine Sicherheitsüberprüfung durchzuführen (§ 16a Abs. 4 TKG 2003). Ohne angezeigten Dienst kann eine solche Inanspruchnahme und Aufforderung zur Informationsbereitstellung durch die Behörde wohl nicht erfolgen. Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze und -dienste, die ihrer Anzeigepflicht nicht nachkommen werden entsprechend nicht von der Behörde kontrolliert.

c) Dienstqualität (§ 17 TKG 2003)

Nach § 17 Abs. 1 TKG 2003 haben Betreiber von öffentlichen Kommunikationsdiensten

„vergleichbare, angemessene und aktuelle Informationen über die Qualität ihrer Dienste sowie über die zur Gewährung der Gleichwertigkeit beim Zugang zu öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten für behinderte Nutzer getroffene Maßnahmen zu veröffentlichen und der Regulierungsbehörde auf deren Anforderung vor der Veröffentlichung bekannt zu geben.“

Applikationen, die ökonomische Substitute zu bestehenden Diensten darstellen, müssten der gleichen Regelung unterfallen. Heute sucht man allerdings derartige

³³ In der Anzeige sind Name und Anschrift des Bereitstellers, gegebenenfalls Rechtsform des Unternehmens, eine Kurzbeschreibung des Netzes oder Dienstes sowie der voraussichtliche Termin der Aufnahme, Änderung oder Einstellung des Dienstes bekanntzugeben.

³⁴ Diese Anzeige hat zu erfolgen, völlig unabhängig davon, welche Rolle ein Anbieter am Markt spielt. Ein gänzlich anderes Thema ist die Diskussion über die möglicherweise bestehende Marktmacht von Google in bestimmten Online- und Suchmaschinenmärkten, s. z.B. „Rosenbach, M.: „Google ist extrem dominant“ sowie Müller, M.U. et al: Der Türsteher, beide in: der Spiegel Nr 43/2012, S. 90 bzw. S. 86ff.

³⁵ Bekanntermaßen hat es z.B. beim Dienst „WhatsApp“ zahlreiche Sicherheitsprobleme gegeben (stellvertretene für viele Artikel, s. <http://www.20min.ch/digital/news/story/-Die-Probleme-bei-WhatsApp-sind-Tatsache--24514892>), denen allerdings nicht – soweit bekannt – durch Handeln der Regulierungsbehörde Einhalt geboten wurde.

Veröffentlichungen vergebens und mangels angezeigten Dienstes fehlt es auch an einer entsprechenden Aufforderung der Regulierungsbehörde an solche Anbieter. Zu beachten ist, dass die Vorgaben zur Qualitätssicherung Betreiber von öffentlichen Kommunikationsdiensten trifft, also auch, wenn sie ihren Dienst über das Netz eines Dritten realisieren.

d) Geschäftsbedingungen und Entgelte (§25 TKG 2003)

§ 25 TKG 2003 enthält Bestimmungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und Entgeltbestimmungen (EB). Gemäß § 25 Abs. 1 TKG 2003 haben Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten

„Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen auch die angebotenen Dienste beschrieben werden, sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen.“

Des Weiteren führt § 25 Abs. 2 TKG 2003 aus, dass

„Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen sind und in geeigneter Form kundzumachen sind.“

§ 25 Abs. 4 TKG 2003 regelt die Anforderungen an die AGB. Hier gilt wiederum, dass die AGB von Applikationsanbietern einer derartigen Prüfung durch die Regulierungsbehörde nicht unterliegen. Ihre Konformität mit österreichischem Recht ist daher nicht sichergestellt.

e) Universaldienst (§§ 26 ff TKG 2003)

Umfangreiche Regelungen bestehen im TKG 2003 zum Universaldienst. Demnach sind die

„nachweislich aufgelaufenen Kosten des Universaldienstes, die trotz wirtschaftlicher Betriebsführung nicht hereingebracht werden können, dem Erbringer des Dienstes auf dessen Antrag abzugelten, sofern diese Kosten eine unzumutbare Belastung darstellen.“ (§ 31 Abs. 1 TKG 2003).

Gemäß § 32 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde bei Bedarf einen Universaldienstfonds einzurichten und zu verwalten. Der Fonds dient der Finanzierung des Universaldienstes (§ 31 Abs. 1 TKG 2003). Gemäß Abs. 2 haben Betreiber von Telekommunikationsdiensten, die einen Jahresumsatz von mehr als 5 Mio. € aus dieser Tätigkeit haben, nach dem Verhältnis ihres Marktanteils zur Finanzierung des Universaldienstfonds und zur Finanzierung der Fondsverwaltung beizutragen (Universaldienstleistungsabgabe). Der Anteil

bemisst sich nach dem Verhältnis ihres Umsatzes zur Summe des Umsatzes der Beitragspflichtigen auf dem jeweiligen sachlich relevanten Markt in Österreich. Ob und inwieweit Applikationsanbieter einen Umsatz von mehr als 5 Mio. € erzielen, ist ohne entsprechende Daten nicht zu beantworten. Wäre es so, dann würden sie sich ohne Anzeige ihrer Dienste der Finanzierungspflicht entziehen und damit einen Vorteil erzielen, den Anbieter mit angezeigten Diensten ausgleichen müssen. Aufgrund der Tatsache, dass es in Österreich mehrere Jahre gegeben hat, in denen ein Universaldienstdefizit der A1 Telekom Austria durch Zahlungen anderer Anbieter reduziert wurde, ist die Verteilung dieser Leistungen auf die einzelnen Anbieter im österreichischen Markt durchaus relevant.

f) Informationspflichten (§ 90 TKG 2003)

§ 90 TKG 2003 regelt Informationspflichten von Betreibern von Kommunikationsnetzen oder -diensten, wonach umfangreiche Berichtspflichten gegenüber der Regulierungsbehörde bestehen. Auch hier ist die Situation so, dass Applikationsanbieter, die ihre Netze und Dienste nicht anzeigen diese Pflichten de facto nicht befolgen, während „klassische“ Netzbetreiber und Diensteanbieter z.B. folgende Informationen bereitzustellen haben

- Auskünfte für die systematische oder einzelfallbezogene Überprüfung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Bundesgesetz oder aus einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder eines Bescheides ergeben,
- Auskünfte für die einzelfallbezogene Überprüfung der Verpflichtungen, wenn der Regulierungsbehörde eine Beschwerde vorliegt oder sie aus anderen Gründen eine Verletzung von Pflichten annimmt oder sie von sich aus Ermittlungen durchführt,
- Auskünfte in Verfahren auf Zuteilung von Frequenzen oder Kommunikationsparametern,
- Auskünfte für ein Verfahren gemäß § 36 bis 37a,
- Auskünfte für die Veröffentlichung von Qualitäts- und Preisvergleichen für Dienste zum Nutzen der Konsumenten, sowie
- Auskünfte über künftige Netz- oder Dienstentwicklungen, die sich auf die jeweils bestehenden Dienste auf Vorleistungsebene auswirken könnten.

g) Aufsichtsmaßnahmen (§ 91 TKG 2003)

Der Regulierungsbehörde stehen aber auch Aufsichtsmaßnahmen nach § 91 TKG 2003 zur Verfügung, welche sie gegenüber Betreibern, welche das TKG 2003 anzuwenden haben, geltend machen kann. Wer jedoch nicht als Anbieter registriert ist, entzieht sich daher auch den Maßnahmen, welche die Regulierungsbehörde nach § 91 TKG 2003 ausüben könnte.

h) Datenschutz (§§ 92 ff TKG 2003)

Datenschutz und Datensicherheit ist bei vielen Anwendungen ein bedeutendes Thema. Die Frage um die Sicherheit von Applikationen wie WhatsApp (s.o.) verdeutlicht dies. Hier bestimmt § 95 TKG 2003, dass besondere Anforderungen an die Datensicherheit bestehen, die jeden Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsdienstes jeweils für jeden von ihm erbrachten Dienst treffen. Gemäß § 95 Abs. 2 TKG 2003 hat

„der Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsdienstes in jenen Fällen, in denen ein besonderes Risiko der Verletzung der Vertraulichkeit besteht, die Teilnehmer über dieses Risiko und - wenn das Risiko außerhalb des Anwendungsbereichs der vom Betreiber zu treffenden Maßnahmen liegt - über mögliche Abhilfen einschließlich deren Kosten zu unterrichten“.

Diese Vorgabe wird von Applikationsanbietern nicht erfüllt.

In weiterer Folge regelt § 95a TKG 2003 Sicherheitsverletzungen. Nach Abs. 2 hat im Fall einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten

„der Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste unverzüglich die Datenschutzkommission von dieser Verletzung zu benachrichtigen. Ist anzunehmen, dass durch eine solche Verletzung Personen in ihrer Privatsphäre oder die personenbezogenen Daten selbst beeinträchtigt werden, hat der Betreiber auch die betroffenen Personen unverzüglich von dieser Verletzung zu benachrichtigen“.

Gemäß Abs. 6 haben Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste ein Verzeichnis der Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten zu führen. Es hat Angaben zu den Umständen der Verletzungen, zu deren Auswirkungen und zu den ergriffenen Abhilfemaßnahmen zu enthalten und muss geeignet sein, der Datenschutzkommission die Prüfung der Einhaltung der Bestimmungen gemäß Abs. 1 bis 4 zu ermöglichen. Auch diese Verpflichtungen werden von Unternehmen, die ihre Dienste angezeigt haben, erfüllt, Applikationsanbieter sparen sich hingegen diesen Aufwand.

i) Finanzierung der RTR-GmbH (§ 34 KOG)

Zur Finanzierung des in Erfüllung ihrer Aufgaben entstehenden Aufwandes der RTR-GmbH betreffend die Telekommunikationsbranche sind von dieser Finanzierungsbeiträge zu leisten. Die Branche Telekommunikation umfasst jene Bereitsteller, die nach § 15 TKG 2003 zur Anzeige verpflichtet sind.³⁶ Die Finanzierungsbeiträge sind im Verhältnis des jeweiligen Umsatzes des Beitragspflichtigen zum branchenspezifischen Gesamtumsatz zu bemessen und einzuheben (§ 14 Abs. 3 KOG). Der budgetierte Aufwand der RTR-GmbH für den Bereich Telekommunikation beträgt im Jahr 2012 € 7,501 Mio.³⁷

Die vorgenannten Bestimmungen lösen teilweise erhebliche Aufwände bei den betroffenen Unternehmen aus, sowohl was Personalressourcen, technische Implementierung und Kosten für die Implementierung von Prozessen und Systemen angeht. Wenn Applikationsanbieter Leistungen erbringen, die nach dem TKG 2003 anzeigepflichtig wären, sie es aber unterlassen, ihrer Anzeigepflicht Folge zu leisten, dann entstehen ihnen auf diese Weise folgende Wettbewerbsvorteile:

- Ihre Dienste unterliegen keiner Qualitätskontrolle. Die Regulierungsbehörde kann die Einhaltung von Qualitätsmaßstäben nicht kontrollieren und Missstände nicht beanstanden; Beschwerden von Kunden hierzu „gehen ins Leere“.
- AGB dieser Unternehmen werden oft von den Kunden „implizit“ durch die Nutzung des Dienstes akzeptiert. Eine Prüfung dieser AGB auf Kompatibilität mit dem TKG 2003 erfolgt nicht.
- Mangels der Möglichkeit der Anwendung der relevanten Bestimmungen im TKG 2003 besteht für diese Unternehmen keine Verpflichtung entsprechende Informationen an die Regulierungsbehörde zu übermitteln. Dies senkt ihre Kosten im Vergleich zu den Anbietern, die TKG-konform die Informationen ermitteln und bereitstellen und führt zu einem Weniger an Transparenz auf dem Markt.
- Die Unternehmen leisten keinen Finanzierungsbeitrag zum Universaldienstfonds. Netzbetreiber und Diensteanbieter, die ihre

³⁶ § 34 KommAustria-Gesetz (KOG) BGBl. I Nr. 32/2001 idF. BGBl. I 125/2011.

³⁷ Vgl. Öffentliche Konsultation der RTR-GmbH zum Budget 2013 für die Bereiche Telekom-, Post- und Medien-Regulierung, veröffentlicht am 19.11.2012, 5, abrufbar unter www.rtr.at.

Leistungen angezeigt haben, zahlen daher einen höheren Beitrag und erleiden einen Wettbewerbsnachteil.

- Die Behördenfinanzierung erfolgt nur durch Unternehmen, die ihre Netze und Dienste angezeigt haben. Applikationsanbieter sparen auch diese Kosten.
- Die Unternehmen nehmen nicht an den Verfahren zur Marktanalyse teil. Dadurch kann ein verzerrtes Bild über Marktkräfte und Angebote entstehen.
- Kunden können sich nicht auf die Schutznormen zum Verbraucherschutz berufen. Gleiches gilt in Bezug auf den Datenschutz.
- Bestimmungen zur Datensicherheit und Sicherheitsverletzungen werden nicht überprüft und gegebenenfalls nicht eingehalten.

Daraus lässt sich folgern, dass die Applikationsanbieter durch die Nicht-Vornahme der Anzeige über den Betrieb von elektronischen Kommunikationsnetzen und das Angebot von elektronischen Kommunikationsdiensten einen erheblichen finanziellen und nicht-finanziellen Vorteil gegenüber jenen Unternehmen lukrieren, die ihrer Anzeigepflicht nachgekommen sind und daher den Vorgaben des TKG 2003 Folge leisten.³⁸ Die „Nicht-Regulierung“ der Applikationsanbieter hat somit Nachteile für den Wettbewerb, für die mit den Applikationsanbieter konkurrierenden Unternehmen und auch für die öffentliche Hand, die die Einhaltung ihrer gesetzlichen Vorgaben nicht garantieren kann.

³⁸ Es ergibt sich auch für Deutschland die Frage, welche gesetzlichen Bestimmungen auf die Anbieter von Telekommunikationsdiensten bzw. Telekommunikationsnetzen Anwendung finden. Dies sind überblicksmäßig: (1) Teilnahme an den Verfahren der Marktregulierung (Marktdefinition, Marktanalyse, ggf. Marktbeherrschung), § 9 ff. dTKG; (2) Verpflichtung zur Zusammenschaltung (gilt für Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen), § 16 ff. dTKG, (3) Sofern beträchtliche Marktmacht festgestellt wird, können die Vorabverpflichtungen z.B. Nichtdiskriminierung, Transparenz, Zugang, Entgeltkontrolle erlassen werden, (4) Erfüllung der Anforderung an die Netzneutralität, § 41 a dTKG, (5) Anforderung an den Kundenschutz, §§ 43 a, 43 b, 44, 44 a sowie 45 a - p dTKG, je nach Auflage und Kundenschutzregelung treffen diese Bestimmungen teils Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsdiensten, Telekommunikationsdiensten oder öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten, (6) Bestimmungen in Bezug auf die Nummerierung, u.a. Preisangabe, Preisansage, Preisanzeige, Preishöchstgrenzen etc., gemäß §§ 66 sowie 66 a - m dTKG, (7) ggf. Teilnahme an der Finanzierung des Universaldienstes, gemäß §§ 78 - 87 dTKG, (8) Datenschutzregelungen (§ 91 ff dTKG). Besonders zu betonen sind hier z.B. die Informationspflichten gemäß § 93 dTKG, (9) Datensicherheit (§ 109a dTKG, gilt für Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten), (10) Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen, Erteilung von Auskünften (§ 110 dTKG). In diesem Zusammenhang gelten auch die Bestimmungen von §§ 111 und 112 dTKG in Bezug auf Daten für auskunftersuchende Sicherheitsbehörden und das automatisierte Auskunftsverfahren, (11) Auskunftsverlangen (§ 127 dTKG). Zuwiderhandlungen oder die Nichterfüllung der Anforderungen des Telekommunikationsgesetzes sind gemäß § 149 dTKG mit Bußgeldern belegt. Sowohl die Zuwiderhandlungen als auch die Höhe der Geldbußen für Ordnungswidrigkeiten sind in § 149 dTKG definiert.

5 Schlussfolgerung

Die vorstehende Analyse hat gezeigt, dass Anbieter von Applikationen zumindest als Betreiber von elektronischen Kommunikationsdiensten nach dem TKG 2003 einzustufen sind, wenn sie Dienste anbieten, die ökonomische Substitute zu den netzbetreibereigenen Diensten darstellen. Das Privileg des Herkunftslandprinzips des E-Commerce-Gesetzes gelangt in diesem Fall nicht zur Anwendung und somit wird die Anzeigepflicht nach § 15 TKG 2003 schlagend. Wäre dem nicht so, würden inländische Anbieter gegenüber ausländischen Anbietern diskriminiert und erleiden einen Wettbewerbsnachteil durch die umfangreicheren nur sie treffenden Verpflichtungen nach dem TKG 2003.

Die Konsequenz daraus ist, dass auch diese Anbieter den Bestimmungen des TKG 2003 unterliegen. Es hat sich bislang nicht durchgesetzt, dass diese Anbieter eine entsprechende Anzeige der Dienste bei der Regulierungsbehörde vornehmen und damit stehen ihre Aktivitäten in einem Missverhältnis zu den Unternehmen, die den Betrieb von elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten ordnungsgemäß angezeigt haben. Aufgrund der fehlenden Anzeige genießen die Applikationsanbieter zahlreiche Vorteile im Wettbewerb, entweder indem sie Kosten sparen oder die „Regeln“ insbesondere im Verhältnis zu den Kunden ohne Berücksichtigung von Schutznormen für Verbraucher definieren. Eine regulatorische Ungleichbehandlung führt zu massiven wirtschaftlichen Vorteilen für die Applikationsanbieter, sowohl direkt wirtschaftlich (finanziell) als auch indirekt, da die leichtere Regulierung dieser Unternehmen die direkten und indirekten Kosten senkt.³⁹

³⁹ Dass diese Diskussion weiter geht als über die Applikationen hinaus zeigt ein Artikel aus der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 8.2.2013, S. 7, wo sich der Autor die Frage stellt, ob für soziale Netzwerke eine Zugangsregulierung nach dem (deutschen) TKG greifen kann und schreibt: „Nach Paragraph 16 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) ist jeder Telekommunikationsanbieter verpflichtet, anderen Anbietern auf Verlangen ein Angebot auf Zusammenschaltung zu unterbreiten, um die Kommunikation der Nutzer, die Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten. Anbieter mit beträchtlicher Marktmacht kann die Regulierungsbehörde nach Paragraph 21 TKG sogar direkt verpflichten, Zugang zu ihrem Netz zu gewähren. Der Grund für die Regelungen - die ihren Ursprung in europarechtlichen Vorgaben finden und in ähnlicher Form auch in den Vereinigten Staaten existieren - ist die Sorge, dass Telekommunikationsanbieter nicht dazu bereit sind, ihre Netze freiwillig für nachrückende Anbieter zu öffnen. Die Paragraphen 16 und 21 TKG führen dazu, dass ein O2-Kunde einen T-Mobile-Kunden kontaktieren kann und umgekehrt. Der Kunde wählt dann den Anbieter mit den besten Konditionen - nicht zwangsläufig jenen mit den meisten Kunden. Übertragen auf den Bereich virtueller sozialer Netzwerke bedeutete das: Basisfunktionen der schon bestehenden (und neuer) Plattformen müssen interoperabel werden. Was im Mobilfunkmarkt das Telefonieren ist, wäre im Bereich virtueller sozialer Netzwerke insbesondere - aber nicht nur - das Kontaktieren einzelner oder mehrerer Personen in Textform. Damit dies von jeder Plattform zu den Nutzern anderer Plattformen möglich ist, könnte etwa den Profilen in sozialen Netzwerken eine eindeutige Adresse zugeordnet werden, die dann von allen Plattformen aus ausgewählt werden kann.“

Die Weigerung eines Applikationsanbieters den Regeln des TKG 2003 zu folgen kann Verwaltungsstrafen nach sich ziehen. Im Folgenden seien einige wenige genannt:

- Ein Anbieter, der zur Anzeige verpflichtet wäre kann gem. § 109 Abs. 4 Nr. 1 TKG 2003 mit einer Verwaltungsstrafe von bis zu 58.000 € belegt werden.
- Eine Verwaltungsstrafe in gleicher Höhe kann anfallen, wenn AGB gemäß § 25 TKG 2003 nicht angezeigt werden.
- Bis zu 37.000 € können fällig werden, wenn die Maßnahmen zur Sicherheit und Integrität verletzt werden (§ 16 a TKG 2003).
- Bei Nicht-Einhaltung der Bestimmungen zur Dienstqualität kann die Regulierungsbehörde eine Strafe von bis zu 37.000 € verhängen.

Anhand der Einordnung der Applikationen als elektronische Kommunikationsnetze und –dienste nach dem TKG 2003 ist es erforderlich, wettbewerbliche Gleichheit herzustellen. Dazu müssen Anbieter solcher Netze und Dienste den Regeln des TKG 2003 unterliegen. Dies bedeutet im ersten Schritt, dass die Behörde Applikationsanbieter auffordern muss, der Anzeigepflicht nach § 15 TKG 2003 betreffend das Betreiben von elektronischen Kommunikationsdiensten und -netzen nachzukommen. Sollte dies nicht fruchten, sind entsprechende Verwaltungsstrafen festzulegen und zu implementieren.

Wettbewerbliche Gleichheit bedeutet, dass - sofern man von den Netzbetreibern Neutralität in Bezug auf die von ihnen transportierten Dienste verlangt („Netzneutralität“) und somit die Netzbetreiber z.B. den Dienst Facebook gegenüber WhatsApp nicht bevorzugen dürfen - auf der anderen Seite gelten muss, dass die Netzbetreiber auch „Regulierungsneutralität“ erfahren, damit ihre Dienste auch regulatorisch gleichberechtigt und damit unter den gleichen ökonomischen Voraussetzungen erbracht werden können. Die jetzige Situation diskriminiert eine Seite des Marktes und verzerrt den Wettbewerb. Es gibt zwei Lösungsansätze. Eine besteht in der „Regulierungsfreiheit“ oder zumindest einer deutlichen und spürbaren Reduzierung der Verpflichtungen klassischer Dienste, um das freie Spiel der Kräfte zwischen Netzbetreibern und Applikationsanbietern zu ermöglichen. Diese Lösung bedarf jedoch einer einschneidenden Überarbeitung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation. Die andere Lösung ist die Regulierung der Applikationsanbieter nach den telekommunikationsrechtlichen Vorschriften, d.h. die Herstellung eines "level-playing field" auf der Basis des Telekommunikationsrechts. Der derzeitige Status quo ist jedoch auf Dauer weder aus rechtlicher noch aus ökonomischer Sicht aufrecht zu erhalten.

Kontakt

SBR Juconomy Consulting AG

Parkring 10/1/10

1010 Wien

T: +43 1 513 51 40 80

F: +43 1 513 51 40 95

E: ruhe@sbr-net.com

freund@sbr-net.com